

Een lans breken voor 'Guiding Principles'

Een handreiking voor het voorkomen van geschillen

– Ir. M.C. Aalstein en mr. A.G.J. van Wassenauer¹

'We can't control the world around us, but we CAN control how we respond to difficult situations. Let's distress together.'

*Simon Sinek*²

1. Inleiding en samenvatting

Een overeenkomst die in alles voorziet wat tijdens de uitvoering van een bouwproject zou kunnen gebeuren is niet mogelijk. Chris Jansen noemt dit het informatierisico en een systeemkenmerk dat inherent is aan de realisatie van bouwprojecten³. Ook is het nauwelijks mogelijk zaken die wel zijn te voorzien uitputtend te beschrijven. Daarbovenop wordt de 'compleetheid' verder ondermijnd door mogelijke interpretatieverschillen die partijen van de tekst van de overeenkomst kunnen hebben. En daarmee is per definitie iedere overeenkomst waarin afspraken worden vastgelegd voor de ontwikkeling, ontwerp en realisatie van bouwprojecten incompleet.

Deze fundamentele incompleetheid - of beter gezegd, het niet adequaat adresseren van deze incompleetheid - heeft op zijn best inefficiëntie, inflexibiliteit en gemiste kansen tot gevolg, en helaas te vaak schadelijke conflicten en kostbare geschillen. Omdat deze incompleetheid een 'natuurgegeven' is⁴, is het bijna een noodzaak dat partijen bij dergelijke overeenkomsten nadere afspraken maken over hoe zij zich tegen over elkaar zouden kunnen gedragen als zich omstandigheden voordoen die niet

letterlijk - of bij benadering - in de overeenkomst zijn voorzien. Die afspraken gaan over governance⁵, houding en gedrag. Deze zaken worden zo onderdeel van de afspraken tussen de betrokken partijen en ondersteunen de omgang met al datgeen dat de overeenkomst niet kan voorzien. Een belangrijke vraag is of deze afspraken zelf in de overeenkomst moeten staan en op welk moment deze het beste kunnen worden geformuleerd.

In dit artikel omarmen de auteurs de gedachte van 'contractuele incompleetheid' en beschrijven ze de noodzaak om tot dergelijke afspraken te komen, processen die daartoe kunnen leiden en de guiding principles die als basis voor deze afspraken kunnen dienen.⁶ Op het IBR-Congres van 22 september 2021⁷ hebben de auteurs als 'spreker' en 'referent' hier een dialoog over gevoerd. Met als aanleiding de vraag 'kun je samenwerking contractueel regelen' en over de rol van guiding principles hierbij.⁸ Dit artikel is een vervolg op die dialoog. De guiding principles worden in paragraaf 3.3 besproken.

2. Geschillen en hoe deze ontstaan - de tweetrapsraket

De online editie van Van Dale definieert geschil als 'ruzie, onenigheid'. Die definitie brengt ons niet

⁵ Voor de term 'governance' bestaan er uiteenlopende definities. Als wij deze term gebruiken bedoelen we de inrichting van de organisatie, de processen rond communicatie, monitoring, beeldvorming en besluitvorming en de definitie van rollen, verantwoordelijkheden en bevoegdheden.

⁶ De auteurs hebben dit artikel geschreven om het 'geschillenvrij bouwen' te bereiken. Daarnaast zijn zij er van overtuigd dat afspraken waarmee 'contractuele incompleetheid' kan ondervangen niet alleen de effectiviteit en flexibiliteit van de projectorganisatie vergroot, maar ook de mogelijkheid tot het verzilveren van kansen en – last but not least - plezier van samenwerken.

⁷ Arent van Wassenauer en Malcolm Aalstein hebben op het Congres van 22 september 2021 'Naar een coherent en toekomstbestendig stelsel van juridisch-administratieve voorwaarden in de bouw: voorstel voor een routekaart' opgetreden als spreker, respectievelijk referent.

⁸ A.D. de Jonge, 'Naar een coherent en toekomstbestendig stelsel van juridisch-administratieve voorwaarden in de bouw: voorstel voor een routekaart, Verslag van het Instituut voor Bouwrecht congres gehouden op 22 september 2021 te Utrecht', TBR 2021/140.

¹ Malcolm Aalstein is Senior Adviseur Markt & Inkoop bij de gemeente Amsterdam. Arent van Wassenauer werkt bij The Faithful+Gould b.v. Beiden zijn lid van Presolve, het expertisecentrum voor geschillenvrij bouwen.

² Simon Sinek, LinkedIn, 6 dec. 2021.

³ C.E.C. Jansen, 'Over 'twee-fasen-proces', 'bouwteam met UAV-GC' en 'alliantie': mogelijke oplossingen voor een verbeterde beheersing van het informatierisico bij de aanbesteding en realisatie van geïntegreerde projecten', TBR 2021/94.

⁴ Het gedachtegoed van 'incomplete contracten' is door Nobel-prijswinnaar Oliver Hart gedefinieerd in 'Incomplete Contracts and the Theory of the Firm', *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 4, No. 1 (Spring, 1988) Oxford University Press, p. 119-139.

veel verder en is eigenlijk ook semantisch. Wat wel helpt om het ontstaan van geschillen beter te begrijpen is om twee aspecten daarvan nader te bezien:

1. Dat partijen het gedurende enige tijd met elkaar ergens oneens zijn over zaken (of een wijze) waardoor de gezamenlijke of individuele doelen onder druk komen te staan. Dit is wat wij met de term 'conflict' bedoelen;
2. Het vervolgens niet in staat zijn om het conflict gezamenlijk op te lossen (dat hoeft dus geen ruzie te zijn, of onenigheid). Op het moment dat partijen het conflict uit handen geven aan een arbiter of rechter spreken wij van een 'geschil'.

Deze situaties komen in ieder project voor. Binnen elke samenwerking zijn ook 'meningsverschillen' een natuurgegeven. Conflicten zijn in onze optiek zelfs essentieel om de opgave verder te brengen omdat – als ze goed worden geadresseerd – zorgen voor scherpere, doorbraken, creativiteit en een beter begrip. Het is dan ook de kunst om het 'oneens zijn' constructief om te buigen in 'eens' worden door de betrokkenen zelf.

Lukt dat niet dan bestaat het risico dat het conflict lof wel niet, dan wel te laat wordt opgelost, met onwenselijke gevolgen voor het project.

De twee trappen worden echter vaak door elkaar gehaald.⁹ Wij diepen een en ander verder uit.

2.1 Eerste trap: Conflicten als De Aanleiding voor Geschillen

Vanuit het perspectief van 'contractuele incompleetheid' zien wij in bouwprojecten met name de volgende bronnen voor conflicten:

- onvolledigheid van - en fouten in Contractdocumenten;
- interpretatieverschillen over de bepalingen of de informatie in de contractdocumenten;
- onvoorziene omstandigheden en ontwikkelingen in de omgeving van het project – van tegenvallers in de bodem tot en met wetswijzigingen. Zaken die allen tot wijziging van de contractdocumenten kunnen leiden;
- onvolkomenheden in technische documenten, in ontwerp of in de uitvoering.

En zo zijn er tal van voorbeelden met een technische, contractuele, administratieve, praktische of gemengde achtergrond.

2.2 Tweede trap: Het daarover niet eens kunnen worden

De oorzaken van het niet eens kunnen worden over de hiervoor geschetste aanleidingen zijn weer anders en kunnen zowel persoonlijk als zakelijk van aard zijn:

- Ontoereikende processen, onduidelijkheden in rollen en ontoereikende bevoegdheden of besluitvorming. Deze oorzaken vatten we onder de noemer 'governance';
- Van cultuurverschillen, ontoereikende communicatieve en conflictoplossende competenties, verschil in rekkelijke of precieze uitleg van voorschriften en procedures, onderhandelen vanuit posities in plaats van belangen, principiële verschillen in belangen of focus op individuele doelen en 'oud gedrag', tot aan onwil en kinnesinne. Deze aspecten vatten we voor het gemak onder 'houding en gedrag'.

En zo zijn er in deze trap meer en andere aanleidingen die alle met elkaar gemeen hebben dat deze zich in de eerste plaats afspelen in de relatie tussen de partijen of de wijze waarop deze georganiseerd is.

Een geschil, in onze beleving, is dus een situatie die, als de partijen die niet gezamenlijk kunnen oplossen, allerlei vervelende gevolgen kan hebben. Voor aspecten als; opgeleverd binnen de afgesproken tijd, conform ieders budget, overeenkomstig de verwachte en gevraagde kwaliteit (in de ruimste zin des woords), veilig, tot tevredenheid van alle relevante stakeholders en in goede samenwerking en zonder geschillen die zij niet zelf hebben kunnen oplossen¹⁰. Het voorkomen van een geschil valt dus per definitie ook onder de 'projectdoelen'.

Daar waar de eerste trap van doen heeft met een concrete technische, administratieve, financiële, praktische of contractuele aanleiding, gaat het bij de tweede trap vooral om de governance, houding en gedrag.

2.3 Arcadis Global Construction Disputes Report 2021

Ieder jaar verschijnt het Arcadis Global Construction Disputes Report, zo ook in 2021.¹¹ Dit rapport behandelt ieder jaar weer de ontwikkeling van 'global' disputes, dus de wat grotere en complexere geschillen. Volgens het meest recente Arcadisrapport is wereldwijd de meest voorkomende oorzaak voor

⁹ Een conflict dat door de partijen zelf wordt opgelost wordt immers géén geschil.

¹⁰ Zie par. 1.1 van het preadvies van Thomas en Van Wassenae uit 2008, www.werkinuitvoering21.com, *Interactief naar een nieuwe generatie bouwcontracten*, Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2008.

¹¹ Arcadis, *2021 Global Construction Disputes Report, The road to early resolution*, 2021. Te downloaden via <<https://www.arcadis.com/en-gb/knowledge-hub/perspectives/global/global-construction-disputes-report>>.

bouwgeschillen: *'Owner/contractor/subcontractor failing to understand and/or comply with its contractual obligations.'*

En volgens ditzelfde rapport kunnen geschillen zo goed mogelijk worden voorkomen c.q. beheerst als voldoende aandacht wordt besteed aan de volgende aspecten¹²:

- *Vorbereidingsperiode*: Goede voorbereiding en training van het projectteam: documentatie, ken en begrijp het contract, ken en begrijp het proces van wijzigingen, zowel aan opdrachtgevers- als aan opdrachtnemerskant. Stel ook een gedegen risicobeheersplan op.
- *Ontwerpfase*: Gebruik een contract dat het meest geschikt is voor het type project, liefst standaardvoorwaarden en ook goede voorzieningen voor het voorkomen, oplossen en beslechten van geschillen. Zorg ook voor goed ontwerpmanagement, reviewprocessen en adequate budgetbeheersing.
- *Uitvoeringsfase*: Planningsmanagement en het belang van een goed gezamenlijk gedragen dynamische planning. Verder is het vitaal om uitstekende documentmanagementprocessen te hanteren.

De hierboven genoemde aanbevelingen hebben naar onze mening vooral nog betrekking op hygiënisch projectmanagement¹³ en gaan nog maar beperkt in op de voorzieningen die nodig zijn voor het succesvol adresseren van contractuele incompleteheid.

3. Guiding Principles en Relational Contracting

Dit sluit aan bij de bevindingen van Oliver Hart en David Frydler, in hun online verschenen artikel 'Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles'¹⁴ en zoals besproken in 'De basisprincipes van (goede) geïntegreerde contracten als toetsingskader voor de nieuwe UAV-GC'¹⁵ door Bruggeman en Van Wassenauer.

In hun studie bewijzen Hart en Frydler dat een succesvolle samenwerking en economisch opti-

mum voor beide partijen slechts kan worden bereikt door implementatie van guiding principles in een relationeel contract. De kern van hun artikel luidt:

'A formal relational contract is an enforceable contract whose purpose is to lay the foundation for and continuously support a relationship characterized by trust and reciprocity. The parties create a shared vision, put in place communication and governance mechanisms, and adopt guiding principles, such as equity, loyalty and honesty, that they will apply if and when an uncontracted-for event occurs'.¹⁶

We bespreken de bovenstaande passage door vijf kern-fragmenten uit te lichten:

1. een relationeel contract is gericht op het ondersteunen een de relatie op basis van vertrouwen en wederkerigheid;
2. vanuit een door de partijen gedeelde visie en;
3. bevat leidende principes;
4. die afdwingbaar zijn en;
5. zijn ingebed in robuuste communicatie- en governance-mechanismen.

3.1 Een relationeel contract gericht op de relatie (Ad. 1)

De noodzaak hiervoor volgt uit het gegeven dat conventionele contracten (lees: 'transactionele contracten'¹⁷) niet goed werken in complexe, strategische of langdurige opgaves waar de partijen zeer afhankelijk van elkaar zijn en toekomstige gebeurtenissen niet kunnen worden voorspeld. In plaats van het partnerschap te bevorderen die nodig is om met de inherente onzekerheid om te kunnen gaan, ondermijnen transactionele contracten de samenwerking.¹⁸ In de bouw is al snel in hoge mate sprake van contractuele incompleteheid. Het zijn vaak langlopende projecten die in een onvoorspelbare veranderlijke omgeving met een groot aantal stakeholders moeten worden gerealiseerd, waarbij de feitelijke fysieke toestand van de situatie die de aannemer aantreft vaak deels onbekend is of niet te kennen is.

Dat er voor een succesvolle afwikkeling een goede relatie nodig is, gebaseerd op vertrouwen en wederkerigheid beschouwen wij als zelfevident.

¹² Deze aanbevelingen hebben vooral betrekking op geïntegreerde contracten.

¹³ Met 'hygiënisch projectmanagement' bedoelen we dat de basisvoorwaarden zijn ingevuld zodanig dat ordentelijk projectmanagement kan worden gevoerd.

¹⁴ Oliver Hart en David Frydler, *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*, March, 2019 (revised, October, 2021), 2021, <https://scholar.harvard.edu/files/hart/files/overcoming_10-04-21_kk29767.pdf>.

¹⁵ E.M. Bruggeman en A.G.J. van Wassenauer, 'De basisprincipes van (goede) geïntegreerde contracten als toetsingskader voor de nieuwe UAV-GC', Inleiding ten behoeve van de Expertmeeting van het Instituut voor Bouwrecht op 15 maart 2021 naar aanleiding van de tervisielegging van de consultatieversie UAV-GC 2021', *TBR* 2021/53, par 5.1.

¹⁶ Oliver Hart en David Frydler, *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*, March, 2019 (revised, October, 2021), 2021, p. 4.

¹⁷ Met een 'transactioneel contract' bedoelen we een overeenkomst die de volgende karakteristieken kent: Stuur op de economische transactie en besteedt weinig aandacht aan de inrichting van de samenwerking of de relatie. Gaat uit van afstand tussen de partijen. Is geschreven vanuit volledig gescheiden verplichtingen en machtsmiddelen. Gaat uit van een voorspelbaar en controleerbaar verloop van de opgave.

¹⁸ O. Hart, D. Frydler, K. Vitasek, 'How to build better long-term strategic partnerships, A New Approach to Contracts', *Harvard Business Review*, September–October 2019, p. 116-125.

Vertrouwen en wederkerigheid vormen de basis, maar voor het concreet adresseren van contractuele incompleetheid bieden de guiding principles de nodige concrete houvast.

3.2 Vanuit een door de partijen gedeelde visie (Ad. 2)

Het primaire doel hiervan is om een partnerschapsmentaliteit tot stand te brengen waarbij partijen transparant zijn over hun ambities en doelen. Dit wordt gecreëerd door een continue en open gesprek tussen de partijen over het bestaande en het gewenste niveau van vertrouwen, transparantie en afstemming/congruentie op onderwerpen als besluitvorming, cultuur, hun innovatiebereidheid enz. Maar ook over de meer richtinggevende aspecten als de doelen, verwachtingen en belangen van de partijen.¹⁹ De magie van dit proces is dat deze gezamenlijk wordt aangegaan zodat de partijen deze visie dragen en het eigenaarschap delen. Als dit proces wordt aangegaan vanuit oprechte interesse in de ander ontstaat er niet alleen begrip in de cultuur en belangen van de ander, maar ook wat diens organisatie drijft en de wijze waarop deze organisatie werkt. Naast het aangaan van de relatie op persoonsniveau, is begrip van de andere organisatie immers wezenlijk voor het inrichten van de samenwerking.

3.3 Leidende Principes (Ad. 3)

Door zich te committeren aan guiding principles kunnen de partijen zich behoeden voor (de verleiding van) opportunistisch gedrag. (Om verwarren te voorkomen met de 'leidende principes' van De Marktvisie blijven we spreken van 'guiding principles'.²⁰) Als partijen deze principes gezamenlijk uitwerken en er eigenaarschap voor voelen, bieden deze principes zowel richting als een kader voor het oplossen van afwijkingen en onvoorziene omstandigheden.

Hart, Frydlinger en Visatek bepleiten de navolging van zes universele principes: reciprocity, autonomy, honesty, loyalty, equity, and integrity.²¹ Vrij vertaald: wederkerigheid, autonomie, eerlijkheid,

loyaliteit, evenredigheid en integriteit. Zij geven aan dat guiding principles die volgen uit fundamentele sociale waarden beter werken dan principes die ad-hoc door de partijen zelf zijn gekozen. Trouw aan een breed geaccepteerde sociale norm werkt 'natuurlijker' dan commitment aan een 'kunstmatig' gedefinieerde norm.²² Zij definiëren deze zes universele sociale principes als volgt:

- **Wederkerigheid.** Partijen zijn gecommiteerd aan een gebalanceerde uitwisseling en aan het realiseren van wederzijds voordeel en wederzijds begrip. Zij erkennen dat voortdurend geven en nemen nodig is en dat ieder zijn unieke sterke punten en middelen inbrengt in dienst van de gezamenlijke visie.
- **Autonomie.** Partijen onthouden zich van machtsmisbruik en kunnen ieder autonoom beslissingen nemen en een aanpak volgen binnen het kader van het collectieve belang en in dienst van de gezamenlijke visie.
- **Eerlijkheid.** Partijen zijn eerlijk over feiten, onzekerheden, gevoelens, bedoelingen, percepties en gewenste uitkomsten. Zelfs als dat ze kwetsbaar of ongemakkelijk maakt.
- **Loyaliteit.** Partijen zijn loyaal aan het partnerschap. Zij beschouwen hun relatie als een ondeelbare entiteit die zij dienen. Daarnaast waarderen en beschermen zij elkaars belangen.
- **Evenredigheid.** Partijen borgen evenredigheid en gelijkwaardigheid in de samenwerking, nemen beslissingen op basis van een evenwichtige beoordeling, verdeling van behoeften, risico's en middelen. Evenredigheid is niet hetzelfde als gelijkheid, omdat partijen de resultaten van de samenwerking evenredig verdelen naar de investering, inspanning en risico die elke partij inbrengt of draagt.
- **Integriteit.** Partijen zijn consistent in hun beslissingen, woorden en daden en handelen gelijk in gelijke gevallen. Zij vermijden opportunistisch gedrag en handelen steeds in overeenstemming met de visie en de guiding principles.

Deze principes dienen gezamenlijk door de partijen uitgewerkt te worden tot concrete en bindende afspraken die specifiek zijn voor het project en de betrokken partijen.

Deze guiding principles kunnen binnen de samenwerking de volgende functies vervullen:

- de basis vormen voor de nadere vormgeving en invulling van de overeenkomst;
- de 'geest' van de clauses in het contract;
- de basis vormen voor de interpretatie en uitleg van het contract;

¹⁹ David Frydlinger, Kate Vitasek, Jim Bergman, Tim Cummins, *Contracting in the New Economy, Using Relational Contracts to Boost Trust and Collaboration in Strategic Business Relationships*, Palgrave Macmillan 2021, p. 157-159.

²⁰ De meest nauwgezette vertaling van 'guiding principles' is 'leidende principes', een term die we tegengekomen in de in 2016 door de bouwsector gelanceerde *Marktvisie*. Alhoewel de guiding principles van Hart, Frydlinger en Visatek qua intentie en inhoud een grote overlap hebben met de leidende principes van De Marktvisie, zijn er aanzienlijke verschillen. Zie Rijkswaterstaat, Rijksvastgoedbedrijf, ProRail, Bouwend Nederland, NLingenieurs, Vereniging van Waterbouwers, MKB Infra, Uneto VNI, Astrin, *Marktvisie*, 2016. Te raadplegen op <<https://www.marktvisie.nl/>>.

²¹ O. Hart, D. Frydlinger, K. Vitasek, 'How to build better long-term strategic partnerships, A New Approach to Contracts', *Harvard Business Review*, September–October 2019, p. 116-125.

²² Oliver Hart en David Frydlinger, *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*, March, 2019 (revised, October, 2021), 2021, p. 32.

- richting geven en houvast bieden bij alle eventueel benodigde wijzigingen van het contract;
- context bieden en betekenis geven aan de inrichting en het continue doorleven van de gewenste samenwerking.²³ Dus, vanuit de wetenschap dat een overeenkomst per definitie incompleet is, vormen deze beginselen als het ware de mortel om de gaten in dat contract op te vullen. Niet met aanvullende contractuele of met uitlegebepalingen. Maar met het bieden van houvast, met een richting en kader voor de samenwerking en de contractuele 'cultuur'.

Guiding principles gidsen de betrokken in het contract dus door het project heen.

De vraag is hoe de voor een project geldende guiding principles vorm kunnen krijgen. Daarvoor zijn verschillende opties denkbaar:

1. meegeven in het aanbestedingsdossier;
2. bespreken tijdens de aanbesteding;
3. gezamenlijk uitwerken na het tekenen van de overeenkomst.

Omdat guiding principles de 'mortel' van de samenwerking zijn ligt het meest voor de hand om deze gezamenlijk te ontwikkelen en dus niet vooraf voor te schrijven. Als de aanbesteder bijvoorbeeld deze guiding principles 'uitwerkt en al' voorschrijft in een vraagspecificatie, dan is de kans niet groot dat deze door de inschrijvers kan worden 'doorleefd' en geïnternaliseerd, óf dat na gunning de uiteindelijke opdrachtnemer ook daadwerkelijk eigenaarschap zal voelen. Dergelijke beginselen moeten daarom samen worden ontwikkeld en vastgesteld. Wij bevelen daarom aan dat de aanbesteder in de aanbestedingsstukken aangeeft voornemens te zijn om de samenwerking op basis van deze beginselen in te richten en werkbaar te maken en deze in een gezamenlijk te doorlopen proces te ontwikkelen.

Het bespreken van samenwerking tijdens de aanbesteding is een volgende optie, waarbij er voor gekozen kan worden om samenwerking onderdeel te maken van de gunningscriteria. Er zijn de afgelopen jaren veel aanbestedingen uitgeschreven waarin samenwerking een speerpunt was, bijvoorbeeld in de vorm van door de deelnemers aan die aanbesteding in te dienen plannen waarin zij beschrijven hoe meerwaarde te bieden op de samenwerking en hoe die vorm zou kunnen krijgen. Op zichzelf is deze ontwikkeling toe te juichen. Immers, het maakt duidelijk hoe belangrijk de aanbesteder de toekomstige samenwerking vindt. Een risico van deze aanpak is echter dat het schrijven van een dergelijk 'sa-

menwerkingsplan' in handen kan liggen van gespecialiseerde plannenschrijvers of dat het tender team niet wordt voortgezet als projectteam. Het bespreken van de samenwerking tijdens de aanbesteding heeft dan weinig zin. Het plan kan dan misschien wel goed zijn, maar 'the proof of the pudding is in the eating'. Nog verder gaan aanbestedingen waarin de potentiële samenwerking wordt beoordeeld door team assessments uit te voeren en de score daarop eveneens te laten meetellen. Het is daarom belangrijk dat er voorzieningen worden getroffen in zowel de procedure als de overeenkomst om het hierboven beschreven risico te beheersen.

Het moge duidelijk zijn dat een toepassing die zich beperkt tot de eerste twee opties niet onze voorkeur heeft. Wij denken dat een aanpak noodzakelijk is die alle drie de opties in een samenhang combineert. De derde optie waarbij de partijen na het tekenen van de overeenkomst de guiding principles gezamenlijk uitwerken ter gelegenheid van de 'kick-off' - of bij wege van een partnering exercitie - is volgens ons noodzakelijk. Niet alleen voor het project- en partijspecifiek maken van de guiding principles, maar ook voor het gezamenlijk doorleven, borgen van het wederzijds commitment en het eigenaarschap.

3.4 Afdwingbaarheid (Ad. 4)

Loyalty en equity zijn begrippen die de lezer bekend in de oren zullen klinken. Vermoed als 'redelijkheid en billijkheid' kennen wij deze in Nederland maar al te goed. En aangezien art. 6:2 BW aan partijen die in een rechtsverhouding tot elkaar staan, de verplichting oplegt om zich ten opzichte van elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid, zou je kunnen zeggen dat in Nederland de verplichting tot het toepassen van de deze door Hart en Frydinger genoemde principes in wezen al bij wet is gegeven. Tegelijkertijd beperken de guiding principles van Hart en Frydinger zich niet enkel tot loyalty en equity.²⁴

Ten aanzien van afdwingbaarheid zeggen Hart en Frydinger:

'[...] would it not be enough to make the guiding principles part of an informal agreement rather than an enforceable contract?

As we noted in the Introduction, Informal agreements about guiding principles, or relational charters, can certainly be helpful. However, we think that formalization can have additional value.

The signing of a contract has significant symbolic meaning. Formalization is also useful in the event-

²³ David Frydinger, Kate Vitasek, Jim Bergman, Tim Cummins, *Contracting in the New Economy, Using Relational Contracts to Boost Trust and Collaboration in Strategic Business Relationships*, Palgrave Macmillan 2021, p. 192-193.

²⁴ Wat we in deze bijdrage niet ambiëren is het samenvatten of het verzorgen van een exegese wat door de jaren heen is geschreven over de feitelijke betekenis van redelijkheid en billijkheid. Dit artikel beoogt vooral praktisch nut te hebben.

ality that the people who negotiated the original deal are no longer the ones overseeing it ("the new sheriff in town"); the new parties might question whether the informal elements apply to them. Finally, even though it may be challenging to litigate over the breach of a guiding principle, the parties are more likely to abide by a guiding principle if it is formalized since few would want to risk an expensive court case.²⁵

In het boek *'Contracting in the New Economy'* dat als een vervolg op en nadere uitwerking van het artikel *'Overcoming Contractual Incompleteness'* kan worden beschouwd, pleiten Frydlinger, Visatek et al. voor het aangaan van contracten waarin de waarde-creërende aspecten van de relatie formeel en juridisch afdwingbaar worden gedocumenteerd.²⁶ In deze contracten dienen – naast veel van de clausules die ook in reguliere transactionele contracten worden aangetroffen – ook zaken opgenomen die bijdragen aan het bouwen aan – en onderhouden van de relatie. Zoals een visie die door de partijen wordt gedeeld en gedragen, guiding principles en een robuuste inrichting van de governance waarmee de verwachtingen en belangen van de partijen kunnen worden gemanaged en uitgelijnd.²⁷ Aanvullend geven wij mee dat hierbij het begrip 'afdwingbaar' eerder moet worden gelezen in de geest van het begrip 'accountable' dan van het begrip 'liable'.²⁸ Met 'accountable' doelen wij op de positieve uitleg van afdwingbaarheid: dat de verantwoordelijkheden helder zijn, dat elke partij die verantwoordelijkheid neemt en zich graag daarop laat aanspreken. Eerder dan 'liable', die wij zien als de negatieve uitleg van afdwingbaarheid: het toewijzen van schuld, het aansprakelijk stellen of het vorderen van gedrag, actie of schadevergoeding.

Ook al zouden guiding principles geen deel uitmaken van het contract, zij dwingen de desbetreffende partijen toch tot opvolging daarvan. De kans dat een van beide partijen in rechte zou willen vorderen dat de wederpartij de samen afgesproken guiding principles nakomt lijkt klein. In de eerste plaats is dat zo omdat de notie van een arbitrage of een gerechtelijke procedure (denk bijvoorbeeld aan het vragen van voorlopige voorzieningen in die trant) over nakoming van guiding principles verstaat van het doel waarvoor zij zijn opgetekend. En in de tweede plaats is dat zo omdat er veel effectie-

vere manieren zijn om mensen aan guiding principles te houden. Als men individuen 'accountable' wil houden voor de naleving van deze principes, dan is het raadzaam om ook op individueel niveau prikkels op het (niet) naleven daarvan te stellen. Het ligt dan in de rede om ook deze gezamenlijk te bepalen, zowel te sanctioneren als te belonen en niet te kijken naar het financiële, maar gaan voor het informele.

3.5 Ingebed in communicatie en governance (Ad. 5)

Een belangrijke voorwaarde voor het effectief samenwerken en het continue succesvol kunnen uitlijnen van verwachtingen en belangen, is dat de partijen accepteren en uitspreken dat overeenkomsten per definitie incompleet zijn en het verloop van het project deel onvoorspelbaar is. Robuuste communicatie- en governance-mechanismen ondersteunen dat de partijen deze twee karakteristieken gezamenlijk kunnen managen.

Naast de basis governance-voorwaarden voor het voeren van hygiënisch projectmanagement zoals een heldere organisatiestructuur waarin rapportage lijnen, rollen, taken, mandaten en besluitvorming helder zijn gedefinieerd²⁹, worden hier mechanismen bedoeld die gericht zijn op de samenwerking en het borgen van de guiding principles. Bijvoorbeeld³⁰:

- het gezamenlijk vaststellen van de randvoorwaarden voor een succesvol project;
- het gezamenlijk doornemen van de overeenkomst en de relevante bijlagen en doorgronden of iedereen die op dezelfde wijze interpreteert;
- het gezamenlijk identificeren, onderkennen en beheersen van zaken die een impact kunnen hebben (positief of negatief) op de gemeenschappelijke doelen;
- het inrichten van een gezamenlijke fact finding, beeldvorming en besluitvorming;
- afspraken over het gezamenlijk adresseren van omissies in de overeenkomst, interpretatieverschillen en onverwachte omstandigheden;
- voorzieningen voor conflictmanagement, waaronder een escalatiemechanisme;
- borging van personele continuïteit en beheerste vervanging van sleutel-functionarissen;
- onboarding en training van (nieuw) personeel (op gebied van organisatie, inhoud van de op-

²⁵ Oliver Hart en David Frydlinger, *Overcoming Contractual Incompleteness: The Role of Guiding Principles*, March, 2019 (revised, October, 2021), 2021, p. 31.

²⁶ Zij geven overigens aan dat een succesvolle zakelijke relatie ook tot stand zou kunnen worden gebracht zonder een formeel relationeel contract: D. Frydlinger, K. Vitasek, J. Bergman, T. Cummins, *Contracting in the New Economy, Using Relational Contracts to Boost Trust and Collaboration in Strategic Business Relationships*, Palgrave Macmillan 2021, p. xxv.

²⁷ idem, p. 16-17.

²⁸ Met dank aan Andrea Chao, die ons tijdens de voorbereiding van dit artikel op het belang van het onderscheid tussen de begrippen 'accountable' en 'liable' heeft gewezen.

²⁹ Doe bijvoorbeeld een gezamenlijke oefening met het optreden van wijzigingen: welke wijzigingen zijn te verwachten, waar en op welk niveau in de organisatie worden deze gesignaleerd, gegenereerd, gerapporteerd en afgehandeld.

³⁰ Zie hierover, onder het kopje 'Ingrediënten dilatatievoegprofiel' ook C.H.J. Thomas, A.G.J. van Wassenae, 'Samenwerken - een kwestie van vertrouwen: een zoektocht naar een dilatatievoegprofiel ter overbrugging van de kloof tussen opdrachtgever en aannemer', in: *Eindafrekening met pepernoten* (Chao-Duivis-bundel), Den Haag: Instituut voor Bouwrecht 2019, p. 260.

- gave en overeenkomst, gezamenlijke doelen, guiding principles, houding en gedrag enz.);
- structurele monitoring van de samenwerkingsrelatie en continue teamontwikkeling en;
- communicatie over en evaluatie van de samenwerking, gezamenlijke doelen en de guiding principles.

Het is belangrijk dat ook de onderaannemers (die kritisch zijn voor de opdracht) hierbij betrokken worden. Immers, als de hoofdaannemer en haar partners/onderaannemers onderling op een traditionele en 'transactionele' manier blijven werken, is - vroeg of laat - de op guiding principles gestoelde samenwerking met de opdrachtgever gedoemd te stranden.

4. Een paar praktische voorzetten voor houding en gedrag

Ten slotte geven we een paar handige voorzetten die op gebied van houding en gedrag in elk project van waarde kunnen zijn. Wederom, mits gezamenlijk vastgesteld:

- afspraken die zien op een coöperatieve houding zoals 'hard op de afspraken en zacht op de persoon', altijd streven naar win-win oplossingen, 'no blame', elkaar iets willen gunnen, aanspreekbaar zijn op eigen taken maar geen vingerwijzen, streven naar gemeenschappelijk plezier, trots kunnen zijn³¹;

- afspraken over communicatie zoals eerst mondeling en daarna indien nog nodig schriftelijk, geen e-mails vanaf vrijdagmiddag 12 uur enz.;
- afspraken over het kunnen vertrouwen op mondeling gedane toezeggingen, het nakomen van afspraken en op tijd komen;
- tijd maken voor adempauzes waarin informeel en zonder agenda, los van functie en rol, los van de waan van de dag, het meta-gesprek kan worden gevoerd: "Hoe vinden we dat het gaat en hoe ervaren we de samenwerking";
- het continue van bovenaf uitstralen en handelen in het belang van de guiding principles (de voorbeeldfunctie).

We zijn uiteraard verre van volledig en hopen vooral de lezer te inspireren met bovenstaande voorzetten.

5. Aanbeveling en conclusie

Uit dit alles volgt de meest belangrijke aanbeveling namelijk dat bouwende partijen zich er bewust van moeten zijn dat contractuele incompleetheid een systeemgegeven is en dat - afgezien van een gedegen voorbereiding - de sleutel tot geschillenvrij bouwen ligt in een inrichting van de governance, en een houding en gedrag dat wordt gedreven door de guiding principles die we in dit artikel hebben besproken. ●

³¹ Zie over twee van deze 'guiding principles', te weten: 'no blame' en 'open boek' ook het proefschrift van Jelle Koolwijk: J.S.J. Koolwijk, *Rules, Power and Trust: Interplay between inter-organizational structures and interpersonal relationships in project-based organizations in the construction industry*, Dissertation (TU Delft), 2022.

